Forum

Rubrique: DÉBAT

8-L'arrêt Blue green en débat

Semaine sociale Lamy - n°: 1327 du 05-11-2007

Auteur: Jacques Barthélémy avocat-conseil en droit social

L'arrêt Blue green en débat

Au terme de l'arrêt Blue green et de la législation applicable, quel est le degré d'autonomie exigé pour relever du régime du forfait en jours ? Existe-t-il encore des marges d'intervention pour l'entreprise ?

Jacques Barthélémy. À titre liminaire, je souhaiterais rappeler que les forfaits-jours sont une anomalie juridique, spécialement au regard des finalités de la directive du 23 novembre 1993. Ils ont été la réponse à des abus : celui du recours, dans les grandes entreprises, au *« soi-disant forfait tous horaires »* ; celui né de la croyance des patrons de PME que les heures supplémentaires n'étaient pas dues aux cadres. Ils sont une des déclinaisons des forfaits en temps créés par la loi Aubry I, à ne pas confondre avec les forfaits de salaire sur un nombre contractualisé d'heures, création jurisprudentielle très ancienne.

S'agissant de l'arrêt Blue green, on est tenté de conclure qu'on ne peut en tirer aucun enseignement. Il concerne en effet une espèce régie par la loi Aubry II qui définissait les catégories concernées par référence à une durée de temps de travail ne pouvant être prédéterminée du fait de la nature des fonctions et des responsabilités exercées ainsi qu'en raison du degré d'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps. La Cour de cassation conclut de la conjonction de ces critères que le cadre doit bénéficier d'une grande liberté dans l'organisation de son travail. Or, depuis la loi du 17 janvier 2003, seule subsiste la référence à l'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps. Ceci étant, c'est bien un degré d'autonomie très élevé qui est déterminant aujourd'hui comme hier, d'autant que la catégorie des forfaits-jours n'est qu'une sous-catégorie des forfaits-heures qui ne concerne ni les cadres soumis à l'horaire collectif (C. trav., art. L. 212-15-2) ni les cadres assimilés (au sens de l'article 4 *bis* de la convention collective de retraite). La liberté qui résulte d'un degré très élevé d'autonomie permet seule d'écarter la responsabilité de l'employeur dès lors que, en procédant à un contrôle des temps, il s'exposerait à la critique, par exemple au nom de la remise en cause d'un élément du contrat de travail. Au demeurant, l'extension, par la loi du 2 août 2005, du champ des forfaits-jours à des non-cadres n'est possible que si la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée. Le fait d'avoir supprimé ce critère pour les cadres dans le texte ne signifie pas qu'il ne continue pas à être déterminant, d'autant que les catégories concernées sont définies par l'accord collectif.

À l'appui de cette thèse, il faut souligner la faiblesse de cette construction au regard du droit communautaire, d'autant que même les cadres dirigeants sont visés par la directive de 1993, peu important que des dérogations soient possibles, s'agissant des modalités d'organisation des temps de travail, pour les salariés disposant d'une très grande autonomie dans l'organisation de leur travail, spécialement lorsque la durée du travail ne peut être mesurée ou prédéterminée (critère que l'on retrouve dans la loi française). Cela ne peut qu'inviter à un champ très réduit des forfaits-jours.

On peut aborder la question sous un autre angle : le forfait-jours ne peut prospérer qu'émanant d'un accord collectif le réservant à une catégorie caractérisée par l'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps. Mais l'accord doit (et non *« peut »*) préciser les modalités de décompte des journées travaillées, des prises de repos, mais aussi prévoir les modalités de suivi de l'organisation, de l'amplitude des journées de repos. Autant dire que le régime c'est la liberté, sous réserve de règles visant, dans le respect de la finalité de la directive de 1993, à protéger la santé de la personne, principe ayant, au demeurant, valeur constitutionnelle.

Les forfaits-jours sont une anomalie juridique, spécialement au regard de la directive communautaire de 1993 qui vise même les cadres dirigeants. J. Barthélémy

Hubert Rose : Tel que conçu initialement par la loi du 19 janvier 2000, le forfait-jours visait à permettre à une partie des cadres pour lesquels les dispositions de droit commun ou relatives au forfait sur une base horaire (mensuel ou annuel) étaient inadaptées, de bénéficier effectivement d'une réduction de leur temps de travail. Pour ces cadres, raisonner en heures eût été inopérant dès lors que l'étalon horaire ne peut être utilisé pour appréhender leur durée du travail.

Étaient donc seuls susceptibles d'être concernés les cadres dont la durée du temps de travail ne pouvait être prédéterminée du fait de la nature de leurs fonctions, des responsabilités qu'ils exerçaient et du degré d'autonomie dont ils bénéficiaient dans l'organisation de leur emploi du temps. Le critère objectif tiré de l'impossibilité de prédéterminer la durée du travail avait été conçu notamment pour faire obstacle à une extension abusive du forfait-jours.

La jurisprudence s'est montrée attentive au respect de ces critères (CA Lyon, 1re ch. 2 mai 2002, no 2002/277 ; CA Paris, 18 déc. 2002) ; l'espace ouvert à la négociation pour définir le périmètre du forfait-jours était donc encadré à la fois par la loi et la jurisprudence.

Pour faire échec à ces prises de position des tribunaux, la loi du 17 janvier 2003 a évacué le critère tiré de l'impossibilité de prédéterminer la durée du travail pour ne plus retenir que le seul critère de l'autonomie. L'espace de la négociation sur le périmètre du forfait-jours est considérablement accru, d'autant que la loi précise que désormais les catégories de cadres concernés sont définies par accord.

La loi du 2 août 2005, en étendant le forfait-jours aux salariés non-cadres (à la condition d'une *« réelle autonomie »*), a marqué une nouvelle extension.

En dépit de la validation accordée par le Conseil constitutionnel (Cons. Const., 29 juil. 2005, no 2005-523 DC, JO 3 août), le flou de cette notion d'autonomie peut laisser craindre une généralisation abusive du forfait-jours, d'autant que se répandent des modes de management fondés sur la direction par objectifs.

Le contrôle juridictionnel de légalité des accords collectifs et de conformité des conventions de forfait-jours relève d'une jurisprudence établie. Ainsi, la chambre sociale a écarté l'application du forfait-jours, à plusieurs reprises, pour des agents de maîtrise, chefs de rayon de grandes surfaces alimentaires (Cass. soc., 5 avr. 2006, no 05-43.061, Bull. civ. V, no 142 ; Cass. soc., 16 mai 2007, no 05-43.643). De même, dans la présente affaire, elle a fondé sa décision sur le fait que le salarié était occupé sur la base de plannings établis par sa hiérarchie.

Surtout, par son arrêt, la chambre sociale impose au juge du fond de contrôler au préalable si le salarié relève bien légalement du forfait-jours ; le juge doit procéder à ce contrôle d'office, même si aucune des parties ne le demande.

Toutefois, il convient de souligner que tous ces arrêts ont été rendus sous l'empire des dispositions antérieures à la loi du 17 janvier 2003.

Dès lors que les dispositions actuellement applicables ne retiennent plus que le seul critère de l'autonomie, la portée du contrôle préalable que doit exercer le juge du fond sera nécessairement plus réduite.

Dans l'arrêt Blue green, la chambre sociale impose au juge du fond de contrôler au préalable si le salarié relève bien du forfait-jours. Le juge doit procéder à ce contrôle d'office, même si aucune des parties ne le demande. H. Rose

Il ne pourra pas écarter le forfait-jours au seul motif que la nature des fonctions ne fait pas obstacle à ce que soit prédéterminée la durée du temps de travail. L'intensité du contrôle judiciaire devrait être moins forte, ce qui serait d'ailleurs conforme à la volonté du législateur de 2003. Mais, en tout état de cause, un contrôle subsistera, ne serait-ce que parce que le forfait-jours est un cadre dérogatoire au droit commun. Il appartiendra à la Cour de cassation de fixer les paramètres de ce contrôle du juge du fond. En outre, on peut penser que, pour la chambre sociale, la véritable contrepartie de la convention de forfait-jours, par laquelle le salarié renonce contractuellement à la plupart des garanties légales liées à la durée du travail, doit être une réelle maîtrise sur ses horaires et la durée de son travail.

La réglementation des pauses s'applique-t-elle aux salariés relevant du forfait-jours ? Dans l'affirmative, selon quelles modalités ? (1)

Jacques Barthélémy : La création de temps minima de pause (C. trav., art. L. 220-1) et repos minima (C. trav., art. L. 220-2) a contribué à la transposition de la directive de 1993. Leur champ ne peut être plus étroit que celui émanant du droit communautaire. Au demeurant, ne sont exclues par l'article L. 212-15-3 que la durée maximale moyenne de travail sur 12 semaines consécutives et la durée maximale journalière de travail. Devient dès lors superfétatoire la mention selon laquelle s'appliquent l'article L. 220-1 (c'est-à-dire le temps de repos minimal de 11 heures entre deux jours de travail), la durée maximale de 6 jours de travail par semaine (C. trav., art. L. 221-2) et la durée maximale du repos hebdomadaire de 35 heures (C. trav., art. L. 221-4). On ne saurait pour les mêmes raisons tirer du silence de la loi que le temps de pause maximale de 20 minutes (C. trav., art. L. 220-2), lequel est aussi prévu par la directive de 1993, ne s'applique pas. Tout au plus, du fait de la liberté dans l'organisation du temps de travail, conséquence du degré élevé d'autonomie, l'octroi d'un tel avantage suppose un décompte journalier des heures qui ne peut être imposé à un cadre soumis au forfait-jours.

Il est un autre argument militant dans le même sens : c'est la fonction protectrice de la santé et de la sécurité poursuivie par la directive de 1993. Il convient de rappeler que si l'employeur est tenu à une obligation générale de sécurité de résultat, le salarié est aussi soumis à des exigences en matière de prévention. Du fait du degré élevé d'autonomie autorisant le recours au forfait-jours et de la liberté qui en résulte en termes d'organisation des temps de travail, la pause est non seulement un droit mais aussi une obligation dont les modalités sont ici nécessairement laissées à l'initiative du cadre concerné.

Hubert Rose : La réponse à cette question est clairement négative : les salariés concernés ne sont pas soumis aux durées maximales de la durée du travail, comme aux autres dispositions reposant sur un calcul en heures de la durée du travail (circ. min. 3 mars 2000). Cette restriction exclut nécessairement pour eux l'application de la réglementation des pauses. Cette

exclusion sur le fond est logique dès lors que le temps de pause fait référence à un *« étalon-horaire »* et que, par définition, le forfait-jours retient — s'agissant de la mesure du temps de travail — un étalon en jour.

Par ailleurs, cette interprétation ne nous paraît pas incompatible avec les dispositions de la directive du 4 novembre 2003. En effet, son article 17 laisse aux États membres la faculté de déroger aux règles relatives aux temps de pause pour les salariés dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée, dès lors qu'il s'agit *« de cadres dirigeants ou d'autres personnes ayant un pouvoir de décision autonome »* et que les règles relatives aux repos quotidien et hebdomadaire leur sont applicables.

En revanche, la loi énonce sans ambiguïté le droit du salarié en forfait-jours à bénéficier du repos quotidien de 11 heures et du repos hebdomadaire de 35 heures (C. trav., art. L. 220-1 et L. 221-4).

Lié à des enjeux tels que la protection de la santé et le droit à une vie privée, familiale et personnelle, ce droit au repos constitue un droit fondamental, figurant dans le Préambule de la Constitution de 1946, et dont le Conseil constitutionnel a affirmé, dans plusieurs décisions, le caractère essentiel.

Au minimum, l'appréciation du respect de la durée de repos impose le recueil d'éléments précis sur les heures d'entrée et de sortie des salariés.

En principe, c'est l'accord collectif qui doit déterminer les conditions de contrôle de son application et prévoir les modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées d'activité et de la charge de travail qui en résulte (C. trav., art. L. 212-15-3).

Au nombre des modalités susceptibles d'être retenues, on peut citer notamment la mise en place d'instances de suivi associant des représentants des salariés en forfait-jours, de même que la réalisation d'un entretien individuel annuel avec la direction pour évaluer l'organisation et le suivi du travail.

Cette clause, dont le juge doit contrôler l'existence, est une condition de validité de l'accord collectif, l'employeur ne pouvant fixer ces règles unilatéralement (Cass. soc., 13 déc. 2006, n° 05-14.685, Bull. civ. V, n° 382). Ainsi, la convention collective nationale du golf, applicable à la présente espèce, ne comportait aucune de ces dispositions légalement requises, ce qui aurait pu constituer un motif de cassation si le salarié avait été regardé comme pouvant entrer dans le périmètre du *« forfait-jours »*.

La question du degré de contrôle du juge sur ces mesures se posera certainement à l'avenir.

A priori, il devrait se borner à vérifier que l'accord les contient, sans aller toutefois jusqu'à vérifier leur pertinence dont la responsabilité incombe aux partenaires sociaux. Toutefois, on ne peut totalement exclure que le juge ne soit amené à conclure à l'absence de validité de l'accord lorsque manifestement les mesures prévues ne sont pas de nature à garantir un respect du repos quotidien. Le juge sera d'autant plus incité à le faire que le salarié avancera des éléments précis établissant le non-respect structurel et systématique des règles de repos dans l'entreprise.

Que recouvrent précisément les situations d'abus de l'utilisation du forfait-jours visées à l'article L. 212-15-4 ? En quoi se distinguent-elles des situations excluant l'application du forfait-jours visée à l'article L. 212-15-3 ?

Jacques Barthélémy : L'arrêt souligne à juste titre que l'indemnité n'est due qu'au salarié *« susceptible d'être [...] soumis à une convention de forfaits-jours »*. Cela résulte expressément de l'article L. 212-15-4.

Si les conditions permettant le recours au forfait-jours ne sont pas réunies, on en revient à l'application du droit commun, c'est-à-dire au décompte des temps de travail effectif.

Toutes les heures effectuées ouvrent donc droit à rémunération.

De ce fait, le salarié ne subit aucun préjudice.

Si les conditions permettant le recours au forfait-jours ne sont pas réunies, on en revient à l'application du droit commun, c'est-à-dire au décompte des temps de travail effectif. J. Barthélémy

Par ailleurs, les cas où l'indemnité est susceptible d'être due sont définis par la loi elle-même. Ce sont :

• D'une part, le salarié n'a pas bénéficié de la réduction effective de la durée du travail. On peut estimer que ce droit est strictement ciblé dans le temps par la mise en place de la loi Aubry. Deux raisons convergentes militent pourtant pour une application pérenne : d'abord, ce dispositif — et contrairement à d'autres des lois Aubry I et II — a été codifié. Ensuite, la réduction de l'horaire collectif non seulement n'était pas impérative en 2000, mais peut encore être mise en place à tout moment et pas seulement pour passer de 39 à 35 heures.

• D'autre part, le salarié perçoit une rémunération manifestement sans rapport avec les sujétions qui lui sont imposées. Que signifie *« manifestement »* ? On est là sur le terrain du subjectif ! Par ailleurs, l'expression *« sans rapport avec les sujétions »* laisse entendre que les conditions de travail sont moins favorables que pour les autres catégories. Or, on peut soutenir que la liberté d'action et le degré très élevé d'autonomie matérialisent une situation profitable au salarié.

Il eut été plus conforme à la situation du cadre en forfait-jours que le niveau du salaire ne soit pas la contrepartie d'une sujétion mais la preuve d'un haut niveau de responsabilité. C'est donc bien d'une indemnité réparatrice d'un préjudice qu'il s'agit. Celui-ci ne peut être évalué mathématiquement à partir d'un nombre total d'heures réellement effectuées. Ce serait remettre en cause de fait la notion de forfait-jours. Le salaire maximal conventionnel est seulement un moyen de donner un sens à l'expression *« manifestement sans rapport »*. Le fait que l'indemnité doive être calculée *« en fonction [...] notamment du niveau du salaire minimal conventionnel »* conforte d'autant plus cette thèse que son fondement peut aussi être le salaire pratiqué dans l'entreprise.

Hubert Rose : Les situations d'abus visées par l'article L. 212-15-4 sont le plus souvent liées à la fixation d'objectifs et/ou de délais irréalistes se traduisant par :

- .:: un nombre réduit de jours de repos effectivement pris ;
- .:: la fréquence et l'importance des violations des règles relatives au repos entre deux journées de travail ;
- .:: la fréquence de la prolongation de la journée de travail au domicile du salarié, attestée par toutes les enquêtes menées sur le temps de travail des cadres, rendue possible par le développement des technologies, et qui aboutit à un empiétement sur leur vie personnelle ;
- .:: une forte intensification du travail, qui peut être source de souffrance au travail et de dégradation de l'état de santé.

C'est donc la réalité de la charge de travail qui doit être examinée afin d'identifier des situations d'abus pour les salariés employés en forfait-jours : cette surcharge de travail est la cause première de ces abus.

Pour autant, le droit à invoquer les dispositions de l'article L. 212-15-4 pour obtenir une réparation des préjudices suppose au préalable que la validité de la convention de forfait-jours soit admise par le juge.

Si tel n'est pas le cas, l'indemnisation prévue par cet article ne peut pas jouer. Il appartient alors au salarié de demander tout simplement l'application des règles de droit commun, notamment le bénéfice des contreparties liées aux heures supplémentaires (paiement, repos compensateurs).

Le volume de contentieux où le juge ferait jouer le mécanisme spécifique de l'article L. 122-15-4 devrait être limité pour l'avenir, la loi du 31 mars 2005 incitant les salariés en forfait-jours à affecter les jours de repos sur un compte épargne temps ou à renoncer à une partie de leurs jours de repos en contrepartie d'une majoration de salaire. H. Rose

Telle est la solution retenue par le présent arrêt, rendu de surcroît dans le contexte particulier d'un licenciement disciplinaire contesté.

Le volume de contentieux où le juge ferait jouer le mécanisme spécifique de réparation prévu par l'article L. 212-15-4 devrait être limité dans l'avenir. D'autant que, sur le fondement d'un accord collectif, plutôt que de demander le bénéfice de la réduction du temps de travail, les salariés en forfait-jours se voient désormais incités, par la loi du 31 mars 2005, à affecter les jours de repos sur un compte épargne temps ou, en accord avec le chef d'entreprise, à renoncer à une partie de leurs jours de repos en contrepartie d'une majoration de salaire.

Quel est le régime de la preuve de l'utilisation abusive du forfait-jours ?

Jacques Barthélémy : Contrairement à ce qui vaut lorsque les conditions du recours au forfait-jours ne sont pas réunies, il n'y a pas lieu à rechercher les heures effectivement réalisées. L'employeur n'est tenu de justifier que le décompte annuel du nombre de jours travaillés. Au demeurant, du fait du degré élevé d'autonomie et de la liberté qui en découle, l'évaluation de la durée effective est impossible.

Par ailleurs, l'indemnité est fondée exclusivement sur un niveau de rémunération insuffisant par suite d'une réduction de la durée effective du travail sans rapport avec les sujétions imposées.

Cette indemnité répare un préjudice. Le régime de la preuve ne peut donc être celui applicable à l'évaluation du nombre d'heures travaillées. L'article L. 212-1-1 ne s'applique donc pas.

On n'est pas dans le cas où le juge fonde sa conviction sur les éléments de preuve fournis par les deux parties. Le régime de droit commun de la preuve s'impose. Toutefois, l'employeur étant tenu de respecter les exigences de l'article L. 212-15-4, est débiteur d'une obligation ; de ce fait, il lui appartient de rapporter la preuve de ce que le niveau de rémunération est suffisant.

Hubert Rose : L'article L. 212-1-1 du Code du travail prévoit un mode de preuve aménagé pour les litiges relatifs à l'existence ou au nombre d'heures de travail effectuées. Inspiré des dispositions de la loi de 1973 relatives à la cause réelle et sérieuse de licenciement, ce texte aboutit à neutraliser la charge de la preuve, laquelle *« n'incombe spécialement à aucune des parties »*(Cass. soc., 12 nov. 2002, n° 00-44.890).

Dès lors, si le salarié doit préalablement fournir des éléments de nature à étayer sa demande, l'employeur doit présenter au juge les éléments justifiant les horaires effectivement réalisés, et notamment les documents dont la réglementation lui impose la

tenue. La carence de l'employeur constitue un critère sur lequel le juge se fonde généralement pour accueillir la demande du salarié lorsque celui-ci fournit des éléments précis (Cass. soc., 13 oct. 1998, nº 96-42.373). S'agissant de l'action exercée par le salarié pour utilisation abusive du forfait-jours, il nous paraît possible de distinguer trois cas :

- .:: soit le litige porte sur le nombre de journées ou de demi-journées travaillées : bien que la loi ne vise que les heures de travail, l'application du principe de neutralisation de la preuve serait, selon nous, conforme à l'esprit de ces dispositions, l'employeur ayant une obligation spécifique de tenir et de produire des documents de décompte de ces journées comme le précisent les articles L. 212-15-3 *(III, dern. al)* et D. 212-21-1 ;
- .:: soit le litige porte sur le respect du repos quotidien, et les dispositions de l'article D. 220-8 sont alors applicables : l'employeur doit définir préalablement une période de repos, les heures de début et de fin de ce repos devant être affichées dans l'entreprise ; si le salarié établit qu'il a travaillé pendant cette période, c'est à l'employeur de démontrer par tous moyens que le repos a été respecté ;
- .:: soit le litige porte sur d'autres types d'abus : l'article 1315 du Code civil, imputant la charge de la preuve au demandeur, nous paraît devoir être applicable. Cette preuve peut être rapportée par tous moyens. Ainsi, il peut s'agir de documents de travail, tels que plannings de travail, descriptifs de fonctions ou comptes-rendus d'activité, mais également d'éventuels documents liés au suivi de l'organisation et de la charge de travail des salariés en forfait-jours. Des décomptes d'heures, lorsqu'ils existent, peuvent également être produits par le salarié.

L'indemnité de l'article L. 212-15-4 répare un préjudice. Le régime de la preuve ne peut donc être celui applicable à l'évaluation du nombre d'heures travaillées. J. Barthélémy

Toutefois, s'agissant de relevés établis à son initiative, l'application du principe selon lequel nul ne peut se constituer une preuve à soi-même relativise fortement leur force probante (Cass. soc., 15 févr. 1995, nº 90-45.690 ; Cass. 2e civ., 23 sept. 2004, nº 02-20.497, Bull. civ. II, nº 414).

En outre, selon une jurisprudence désormais harmonisée entre les chambres criminelle et sociale de la Cour de cassation, le salarié est en droit de produire en justice des documents appartenant à l'entreprise dont il a eu connaissance à l'occasion de ses fonctions, dès lors que ces documents étaient strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense (Cass. crim., 11 mai 2004, nº 03-80.254, Bull. crim., nº 113, Semaine sociale Lamy nº 1173, p. 6, note J-M Miglietti ; Cass. soc., 30 juin 2004, nº 02-41.771, Semaine sociale Lamy, nº 1178, p. 14).

S'agissant de l'action exercée par le salarié pour utilisation abusive du forfait-jours, il nous paraît possible de distinguer trois cas selon que le litige porte sur le nombre de journées travaillées, le respect du repos quotidien ou sur d'autres types d'abus. H. Rose

Dès lors, le juge sera conduit à évaluer l'importance de la charge de travail, à l'instar de démarches déjà mises en œuvre dans le cadre du contentieux du licenciement pour motif personnel et qui l'avaient conduit à contester le caractère réaliste d'objectifs assignés à un salarié (Cass. soc., 3 févr. 1999, nº 97-40.606, Bull. civ. V, nº 56) ou, dans un autre cas, à écarter la faute reprochée à un salarié, celui-ci ne pouvant accomplir le travail demandé dans un temps compatible avec ses horaires (Cass. soc., 16 nov. 1999, nº 97-43.285).

Forum

Rubrique: RÉFLEXIONS

6-Le forfait-jours sous surveillance

Semaine sociale Lamy - n°: 1327 du 05-11-2007

Le forfait-jours sous surveillance

Avant d'examiner si le forfait-jours a fait l'objet d'une utilisation abusive, le juge doit contrôler au préalable si le salarié relève bien légalement de ce régime. Analyse et débat sur un arrêt qui fera date.

Le forfait-jours dans l'œil du cyclone ? L'arrêt Blue green auquel nous consacrons un dossier complet pourrait le laisser penser. Alors que le législateur, dans la dernière période, a considérablement étendu et assoupli le champ d'application du régime du forfait-jours, la Cour de cassation s'atèle à un contentieux naissant sur le sujet qu'elle entend fortement encadrer. Mouvements contradictoires...

1 PANORAMA

Né avec la loi dite Aubry II du 19 janvier 2000, remodelé par les lois du 17 janvier 2003 et du 2 août 2005, le forfait-jours marque une véritable rupture dans le droit de la durée du travail puisqu'il abandonne l'étalon horaire pour retenir une référence en jour *(v. l'historique brossé par H. Gosselin, p. 5)*. Ainsi, les durées hebdomadaires légales (35 heures), quotidienne maximale (10 heures) et hebdomadaire maximale sur 12 semaines qui reposent sur un décompte horaire ne s'appliquent pas au salarié en forfait-jours. Ce dernier bénéficie néanmoins du repos quotidien de 11 heures (C. trav., art. L. 220-1) et du repos hebdomadaire de 35 heures (C. trav., art. L. 221-4). Parce qu'il est fortement dérogatoire, le dispositif est encadré. La conclusion d'un accord collectif s'avère nécessaire pour déterminer les catégories de cadres pouvant relever du forfait-jours ainsi que les conditions de contrôle de son application (C. trav., art. L. 212-15-3, III).

Conçue comme une garantie supplémentaire, l'indemnisation prévue à l'article L. 212-15-4, alinéa 2, lorsque le salarié au forfait-jours *« ne bénéficie pas d'une réduction effective de sa durée de travail ou perçoit une rémunération manifestement sans rapport avec les sujétions qui lui sont imposées »* est destinée à sanctionner l'utilisation abusive du forfait-jours. L'indemnité est calculée *« en fonction du préjudice subi eu égard notamment au niveau du salaire minimum conventionnel applicable ou, à défaut, de celui pratiqué dans l'entreprise, et correspondant à sa qualification »*. C'est de cette indemnisation dont il est question dans l'arrêt Blue green.

2 UN CONTRÔLE PRÉALABLE

Un salarié, moniteur de golf est soumis au régime du forfait en jours, version Aubry II. Son autonomie dans l'organisation de son travail est toute relative puisque son emploi du temps est déterminé par la direction et son supérieur hiérarchique, *« lesquels définissaient le planning de ses interventions »* et qu'il ne disposait pas non plus du libre choix de ses repos hebdomadaires.

Estimant qu'il pouvait prétendre à l'indemnité prévue par l'article L. 212-15-4, le salarié saisit la juridiction prud'homale puis la cour d'appel de Versailles, cette dernière lui donnant gain de cause en situant clairement le débat sur l'utilisation abusive du forfait-jours. Son argumentation est censurée par la Cour de cassation qui considère que l'intéressé *« ne disposait d'aucune liberté dans l'organisation de son travail »* et n'était pas par voie de conséquence *« susceptible de relever du régime du forfait en jours qui lui avait été appliqué »*.

Le raisonnement est simple mais non simpliste : l'indemnité ne peut s'appliquer qu'à un salarié relevant du forfait-jours. En revanche, elle n'a pas lieu d'être lorsque le salarié ne réunit manifestement pas les conditions pour bénéficier de ce régime. Dans cette hypothèse, le droit commun doit s'appliquer : l'intéressé a droit au paiement des heures supplémentaires et au bénéfice du repos compensateur.

Saisi d'une demande d'indemnisation sur le fondement de l'article L. 212-15-4, le juge doit donc vérifier au préalable et d'office, le cas échéant, la validité de la convention de forfait-jours, et ce même si les parties ne lui demandent pas.

3 LE CHAMP DE L'ARRÊT

Une des difficultés posée par l'arrêt consiste à apprécier sa portée exacte. La décision est rendue sous l'empire de la loi Aubry II qui a vu naître le forfait-jours. Mais depuis, la législation a évolué, abandonnant le critère objectif du forfait-jours (impossibilité de prédéterminer la durée du travail) pour consacrer uniquement celui de *« l'autonomie dans l'organisation de l'emploi du temps »*(L. 17 janvier 2003) et étendant le forfait-jours à des salariés non-cadres *« dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui dispose d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées »*(L. 2 août 2005). L'extension du forfait-jours au fil des lois n'est-elle pas à front renversé avec la philosophie de l'arrêt ? Quelle doit-être aujourd'hui l'étendue du contrôle du juge ? Quel est le profil des salariés pouvant relever selon la loi du forfait-jours ? Quelle est la frontière entre une utilisation abusive du forfait-jours et une sortie de ce dispositif ? Où placer le curseur ? À lire l'arrêt et le rapport d'Hervé Gosselin dont nous publions les principaux extraits, d'autres questions surgissent. En théorie, le salarié au forfait-jours peut travailler 13 heures par jour et 78 heures par semaine mais doit bénéficier du repos quotidien de 11 heures et du repos hebdomadaire de 35 heures. Comment s'assurer du respect de ce droit au repos qui figure dans le Préambule de la Constitution de 1946 ? Dans un autre ordre d'idées, comment démontrer l'utilisation abusive du forfait-jours ? Quelles sont les armes à la disposition du salarié et de l'employeur ? Autant de questions que nous avons voulu poser à deux spécialistes de la durée du travail, Jacques Barthélémy, avocat-conseil et Hubert Rose, directeur adjoint du travail.

F.C.

Forum
Rubrique: RÉFLEXIONS

7-Le contrôle du juge sur le forfait-jours

Semaine sociale Lamy - n°: 1327 du 05-11-2007

Auteur: Hervé GosselinConseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation

Le contrôle du juge sur le forfait-jours

L'affaire soulève la question des dispositions législatives et conventionnelles en matière de durée du travail applicables à un cadre bénéficiant d'un forfait-jours et des conditions de mise en œuvre de la sanction civile prévue par l'article L. 212-15-4 du Code du travail en cas *« d'absence de réduction effective du temps de travail du cadre ou de versement d'une rémunération manifestement sans rapport avec les sujétions qui lui sont imposées »*.

Plus précisément, le pourvoi pose la question suivante : à quelles conditions les dispositions de l'article L. 212-15-4, alinéa 2, du Code du travail peuvent-elles être mises en œuvre ?

1 L'ENCADREMENT DU FORFAIT-JOURS

Le régime du forfait-jours prévu à l'article L. 212-15-3 du Code du travail fait échapper les cadres, et depuis la loi du 2 août 2005, certains salariés non-cadres aux durées quotidienne et hebdomadaire de travail et au décompte horaire du temps de travail.

La genèse

La loi Aubry II. L'instauration du forfait-jours a constitué une innovation importante de la loi du 19 janvier 2000.

La loi du 13 juin 1998 avait ouvert la voie à l'initiative des acteurs de la négociation dans les entreprises et les branches en prévoyant dans son article 13 que le rapport de bilan des négociations qui se seront déroulées après le vote de la loi devrait traiter spécifiquement *« des modalités particulières applicables au personnel d'encadrement »*.

Sur la base des négociations de branche et d'entreprises qui avaient donné lieu à des accords sur ce sujet, le gouvernement a inclu dans son projet de loi la distinction entre trois catégories de cadres, cadres dirigeants, cadres intégrés et cadres autonomes, chacune de ces catégories bénéficiant d'un régime de durée du travail spécifique.

S'agissant des cadres *« autonomes »* (en fait ni dirigeants ni intégrés), le projet d'article L. 212-15-3 du Code du travail prévoyait la possibilité de leur appliquer soit un forfait en heures, soit un forfait en jours.

Le rapporteur du projet de loi à l'Assemblée nationale, Gaëtan Gorce, indiquait en première lecture que *« cette nouvelle mesure du temps de travail en jours permettra de ne plus avoir à distinguer dans une journée ce qui relève ou non du temps de travail effectif »*. La rédaction proposée précisait que les salariés concernés ne sont pas soumis aux dispositions de l'article L. 212-1 et du deuxième alinéa de l'article L. 212-7 du Code du travail, soit la définition hebdomadaire légale du travail de 35 heures, la durée maximale quotidienne de 10 heures et la durée hebdomadaire maximale sur 12 semaines consécutives.

La non-application d'une partie importante de la législation sur la durée du travail n'a pas été sans créer des oppositions parmi les parlementaires.

Pour prendre en compte ces réticences, il a été introduit un amendement visant, selon le rapporteur, à *« encadrer le forfait-jours en précisant les catégories de cadres concernées, les voies de recours en cas d'application abusive et les modalités d'exercice du droit d'opposition sur les accords le mettant en place »*, précisions qui se retrouveront notamment dans l'article L. 212-15-4.

Le rapporteur rappelait par ailleurs que seul un accord pouvait déterminer les catégories de cadres pouvant relever du régime de forfait-jours. Par ailleurs, l'accord doit préciser les modalités de décompte des journées et demi-journées, il détermine les conditions de contrôle de son application et prévoit les modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées d'activité et de la charge de travail qui en résulte.

Ces garanties destinées à éviter toute dérive dans l'utilisation de ce type de forfait sont restées cependant impuissantes à convaincre certains parlementaires de l'innocuité de ce régime dérogatoire de durée du travail.

C'est ainsi que MM. Cochet et Gremetz ont déposé un amendement en nouvelle lecture visant à continuer à faire bénéficier les cadres en forfait-jours des dispositions des articles L. 212-1 et L. 212-7, deuxième alinéa, et donc d'un décompte horaire et par semaine des heures travaillées. Cet amendement a été rejeté par l'Assemblée.

Dans sa décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000 (JO 20 janv.), le Conseil constitutionnel a jugé que le législateur avait pu, sans méconnaître le principe d'égalité, instituer un tel régime particulier eu égard aux spécificités d'emploi de la catégorie de personnel considérée.

Il résulte de ce parcours parlementaire que la volonté du législateur a clairement été d'écarter, pour les cadres au forfait-jours, l'application des durées hebdomadaire légale, quotidienne maximale et hebdomadaire maximale sur 12 semaines et que le décompte en jours travaillés conduit à se passer de tout décompte horaire du temps de travail, sous la seule réserve de l'application des articles L. 220-1, L. 221-2 et L. 221-4 du Code du travail relatifs au repos quotidien et au repos hebdomadaire.

La loi Fillon II. La loi du 17 janvier 2003 n'utilise plus qu'un seul critère pour définir les cadres qui peuvent relever du forfait-jours : il s'agit de *« leur autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps »*.

La loi en faveur des PME. Enfin, la loi du 2 août 2005 a étendu la possibilité de conclure des conventions de forfait-jours *« aux salariés non-cadres dont la durée du temps de travail ne peut être prédéterminée et qui disposent d'une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps pour l'exercice des responsabilités qui leur sont confiées »*.

De nouveau saisi à l'occasion du vote de cette dernière loi, notamment sur le fondement du droit à l'emploi, à la santé et au repos garantis par les cinquième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946, le Conseil constitutionnel a jugé que les garanties apportées par le texte — nécessité d'une réelle autonomie dans l'organisation du travail, impossibilité de prédéterminer la durée du travail, existence d'un accord qui détermine les catégories de salariés concernés, accord individuel par écrit, bénéfice du repos quotidien de 11 heures prévu par l'article L. 220-1 du Code du travail et du repos hebdomadaire de 35 heures prévu par l'article L. 221-4 du même code, plafond de 218 jours travaillés par an — permettaient de ne pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles relatives au droit à la santé et au droit au repos de ces salariés résultant du onzième alinéa du Préambule de 1946 (Cons. const., 29 juil. 2005, n° 2005-523 DC, JO 3 août).

La compatibilité du forfait-jours avec le droit européen

Cependant, si la conformité du forfait-jours au droit interne n'est guère contestable, sa compatibilité avec les normes européennes est plus problématique.

La directive n° 2003/88 du 4 novembre 2003. Cette directive précise à son article 6 *b* que les *« États membres prennent les mesures nécessaires pour que, en fonction des impératifs de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs, la durée moyenne de travail pour chaque période de sept jours n'excède pas 48 heures y compris les heures supplémentaires »*.

Le forfait-jours, qui *« n'interdit pas »* des semaines de 78 heures, en respectant les obligations de repos, soulève à première vue un problème de conformité avec ce texte.

Néanmoins, on observera que la directive prévoit un certain nombre de dérogations dans son article 17, § 1er : *« Les États membres peuvent déroger à la limite de 48 heures hebdomadaires lorsque la durée du temps de travail, en raison de caractéristiques particulières de l'activité exercée, n'est pas mesurée et/ou prédéterminée ou peut être déterminée par les travailleurs eux-mêmes, et notamment lorsqu'il s'agit de cadres dirigeants ou d'autres personnes ayant un pouvoir de décision autonome »*.

La validité du système de forfait-jours dépendrait donc de l'appréciation du juge communautaire et/ou du juge national quant au recoupement de la notion de la directive *(« personne ayant un pouvoir de décision autonome »)* avec celle de la loi française *(« personne disposant d'une autonomie dans l'organisation de son emploi du temps »)*.

On notera que, pour le juge communautaire, *« la limite maximale de 48 heures en ce qui concerne la durée moyenne de travail par semaine, y compris les heures supplémentaires, constitue une règle du droit social communautaire revêtant une importance particulière dont doit bénéficier chaque travailleur en tant que prescription minimale destinée à assurer la protection de sa sécurité et de sa santé »*(CJCE, 5 oct. 2004, aff. C-397/01, spéc. § 100).

La charte sociale européenne révisée. Dans deux résolutions, adoptées le 4 mai 2005, le comité des ministres du Conseil de l'Europe confirme deux décisions du Comité européen des droits sociaux (CEDS) qui concluent à la violation par la France de la Charte sociale européenne révisée (v. « le droit du travail à l'épreuve de la charte sociale », M. Miné, Semaine sociale Lamy, n° 1228, p. 8).

Rappelant la position qu'il avait définie sur le forfait-jours tel qu'issu de la loi du 19 janvier 2000, le CEDS, considérant que la législation nationale ne prévoit pas de durée maximale hebdomadaire de travail dans le cadre de ce régime, que la seule limite résidant dans les repos minimaux, les salariés peuvent être occupés jusqu'à 78 heures par semaine, *« ce qui constitue une durée manifestement trop longue pour être qualifiée de raisonnable »* et que la possibilité de fixer une limite conventionnelle à la durée hebdomadaire de travail ne constitue pas une garantie suffisante, conclut : *« la situation des cadres avec forfait en jours constitue une violation de l'article 2, § 1, de la Charte sociale révisée en raison de la durée excessive du travail hebdomadaire autorisée ainsi que de l'absence de garanties suffisantes »*.

Mais le CEDS ne s'est pas fondé sur le seul article 2, § 1, de la Charte, il a également examiné la conformité du système de forfait-jours à l'article 4, § 2, de la Charte qui stipule : *« Chaque État signataire s'engage à reconnaître le droit des travailleurs à un taux de rémunération majoré pour les heures supplémentaires, exception faite de certains cas particuliers »*. Pour le CEDS, ces exceptions peuvent concerner certaines catégories de cadres et elles doivent être peu nombreuses. Par leur nombre et la nature des fonctions qu'ils exercent les cadres intermédiaires n'entrent manifestement pas dans les exceptions visées par l'article 4, § 2. Dès lors, ils doivent bénéficier du droit prévu par cet article.

Le CEDS estime enfin que *« les heures de travail effectuées par les cadres soumis au système du forfait-jours qui ne bénéficient, au titre de la flexibilité de la durée du travail, d'aucune majoration de rémunération, sont anormalement élevées. Dans ces conditions, une période de référence d'un an est excessive. La situation est par conséquent contraire à l'article § 2 de la Charte révisée »*.

On observera que le CEDS ne considère pas les dispositions législatives prévoyant un recours au juge du contrat en cas de rémunération manifestement sans rapport avec les sujétions imposées (C. trav., art. L. 212-15-4, al. 2) suffisantes pour garantir aux salariés, cadres en forfait en jours, une rémunération équitable.

2 MÉTHODOLOGIE

La chambre va devoir se prononcer sur les mérites du pourvoi de la société qui conteste la motivation de la cour d'appel fondée sur un décompte horaire de la durée du travail du salarié au regard des caractéristiques du forfait en jours et sur le mode d'emploi de l'article L. 212-15-4, alinéa 2, du Code du travail.

Forfait-jours et décompte horaire

Le pourvoi de la société ne conteste ni le fait que le salarié n'ait pas bénéficié d'une réelle réduction de la durée du travail, ni le fait que la rémunération qu'il percevait était sans rapport avec les sujétions qui lui étaient imposées.

Répondant à la demande du salarié qui, d'une part, contestait avoir l'autonomie nécessaire pour être cadre autonome et, d'autre part, demandait à bénéficier de l'indemnité prévue à l'article L. 212-15-4, alinéa 2, du Code du travail, qui a pour objet de sanctionner une utilisation abusive du forfait-jours, soit parce que *« le salarié ne bénéficie pas d'une réduction effective de sa durée du travail »*, soit parce qu'il *« perçoit une rémunération manifestement sans rapport avec les sujétions qui lui sont imposées »*, la cour d'appel avait en effet relevé que les *« plannings de janvier à novembre 2004 permettent de voir que la moyenne horaire travaillée par le salarié est de près de 165 heures par mois, soit 13 h 33 supplémentaires en moyenne mensuelle et qu'il n'a donc pas bénéficié d'une réelle réduction du temps de travail à 35 heures hebdomadaire »* et d'autre part, que *« sa rémunération était à peine supérieure au minimum conventionnel de sa classification, c'est-à-dire sans rapport avec les sujétions qui lui étaient imposées »*.

Le troisième moyen du pourvoi expose que *« le salarié qui conclut une convention de forfait en jours ne relève pas des dispositions légales sur la durée du travail à l'exception des dispositions relatives au repos quotidien et au repos hebdomadaire, qu'il n'est soumis à aucun décompte horaire de la durée du travail mais seulement à un décompte annuel du nombre de jours travaillés ; que la cour d'appel ne pouvait faire droit à la demande du salarié en se fondant sur l'existence d'heures supplémentaires et qu'elle ne pouvait reprocher à l'employeur une carence dans l'administration de la preuve des horaires effectués par le salarié, ce dernier n'étant tenu que de justifier du décompte annuel du nombre de jours travaillés »*.

La chambre aura à dire si ce moyen qui met essentiellement en cause la méthode utilisée par la cour d'appel pour établir que le salarié n'avait pas bénéficié d'une réduction effective de sa durée du travail lui paraît suffisant pour justifier la cassation de l'arrêt.

On observera que le pourvoi n'évoque pas la question de la rémunération, ce qui conduit le mémoire en défense à souligner que le motif tiré de l'insuffisance de la rémunération au regard des sujétions imposées n'étant pas critiqué par le pourvoi, la cassation ne saurait être encourue, l'article L. 212-15-4, alinéa 2, du Code du travail permettant au juge d'allouer l'indemnité dans l'hypothèse où une seule des conditions serait remplie.

Le mode d'emploi de l'article L. 212-15-4, alinéa 2

Présenté lors des débats parlementaires comme une garantie contre les abus de l'utilisation du forfait-jours, on a vu que le comité européen des droits sociaux considère qu'il ne constitue pas une garantie suffisante.

La question des conditions de sa mise en œuvre par le salarié et de l'office du juge lorsqu'il est saisi d'une demande d'indemnité sur son fondement est donc particulièrement importante.

Deux solutions s'offrent à la chambre en matière de contrôle par le juge des conditions d'octroi de l'indemnité au salarié

Un contrôle strict des conditions d'octroi de l'indemnité. On rappellera d'abord que l'indemnité peut être demandée soit en l'absence de réduction effective de la durée du travail, soit dans l'hypothèse où le salarié perçoit une rémunération manifestement sans rapport avec les sujétions qui lui sont imposées. Cette rédaction soulève des difficultés.

Les salariés en forfait-jours peuvent être occupés jusqu'à 78 heures par semaine, ce qui constitue pour le Comité européen des droits sociaux, une « durée manifestement trop longue pour être qualifiée de raisonnable ».

Comment en effet le juge peut-il vérifier que le salarié a bénéficié d'une réduction effective du temps de travail si aucun décompte horaire n'est possible et que seuls les jours travaillés dans l'année sont comptabilisés sans qu'il sache le nombre d'heures effectué par le salarié chaque jour, chaque semaine ou chaque mois ? Il est nécessaire de comparer les durées de travail avant et après la mise en place du forfait-jours, sauf à considérer que la fixation d'un nombre maximal de jours travaillés, en l'occurrence 218, suffit à établir la réduction du temps de travail du salarié.

La cour d'appel s'est fondée sur les plannings des cours donnés par le salarié pour établir une durée moyenne mensuelle de travail faisant apparaître la réalisation d'heures supplémentaires. Mais il n'est pas certain que le juge dispose dans tous les cas de tels documents. Il est plutôt à craindre qu'il ne dispose que d'éléments fournis par le seul salarié.

Toutefois l'article L. 212-15-3, III, précise que *« l'accord détermine les conditions de contrôle de son application et prévoit des modalités de suivi de l'organisation du travail des salariés concernés, de l'amplitude de leurs journées d'activité et de la charge de travail qui en résulte »*.

L'article 5.7.2.3 de la convention collective nationale étendue du golf ne détaille guère ces exigences.

Mais il semble bien que ce soit sur ces éléments que le juge puisse se fonder pour apprécier, d'une part si le salarié a bien bénéficié d'une réduction de la durée de son travail et d'autre part s'il perçoit une rémunération en rapport avec les sujétions qui lui sont imposées, la référence au niveau du salaire minimum conventionnel ne servant que de repère pour la comparaison.

Une utilisation large de l'indemnité de l'article L. 212-15-4, alinéa 2. À l'inverse, la chambre pourrait considérer qu'au regard des critiques qui peuvent être adressées au principe même du forfait en jours, notamment au regard du droit européen, mais aussi aux conditions dans lesquelles les conventions de forfait en jours sont appliquées, il est nécessaire de permettre aux juges du fond d'avoir recours facilement à la sanction que cet article institue.

Dès lors, elle serait conduite à rejeter le pourvoi et à confirmer l'arrêt de la cour d'appel, soit en se fondant, comme le suggère le mémoire en défense, sur l'absence de critique de la motivation relative à la rémunération *(mais une telle motivation ne serait guère éclairante sur l'utilisation de l'*article L. 212-15-4, al. 2*)*, soit en ayant recours à un motif substitué tiré de la conformité de la motivation de cette dernière avec les exigences de contrôle qui lui paraissent nécessaires.

Ces deux solutions peuvent être mises en œuvre sans que le juge ait à examiner la légalité ou la conformité à l'accord collectif de la convention de forfait en jours lorsque ce contrôle ne lui est pas demandé par l'une ou l'autre des parties.

3 LA LÉGALITÉ OU LA LICÉITÉ DU FORFAIT-JOURS

Mais la chambre pourrait aussi décider que le juge doit d'abord s'assurer de la légalité ou de la licéité de la convention de forfait en jours avant de statuer sur l'octroi de l'indemnité de l'article L. 212-15-4, alinéa 2, du Code du travail.

Cette solution pourrait s'appuyer sur la jurisprudence de la chambre. Elle lui laisserait le choix de sa motivation quant à l'illégalité ou à l'illéicité de la convention de forfait en jours dans le cas qui lui est soumis.

• La chambre opère déjà un contrôle de légalité des accords collectifs et de conformité à l'accord collectif des conventions de forfait en jours.

Elle contrôle la conformité de l'accord d'entreprise avec l'article L. 212-15-3, III (Cass. soc., 26 mai 2004, n° 02-18.756, Bull. civ. V, n° 143, Michelin) en s'assurant notamment que l'ensemble des modalités de suivi prévues par la loi figurent dans l'accord collectif (Cass. soc., 13 déc. 2006, n° 05-14.685, Bull. civ. V, n° 382, Sté Eye Law) et que les salariés concernés sont bien susceptibles d'être soumis à une convention de forfait en jours (voir l'impossibilité pour un accord de prévoir de telles conventions pour un agent de maîtrise dans la rédaction alors applicable de l'article L 212-15-3 III, Cass. soc., 5 avr. 2006, n° 05-43.061, Bull. civ. V, n° 142).

La chambre contrôle également, lorsque l'accord collectif prévoit le recours possible aux conventions de forfait en jours, que l'application qui en est faite est bien conforme à l'article L 212-15-3, III (Cass. soc., 9 juil. 2003, n° 01-42.451, Bull. civ. V, n° 229) ou à l'accord applicable (Cass. soc., 16 nov. 2005, n° 03-44.581).

Enfin, la chambre s'assure de l'existence d'une convention de forfait individuelle (Cass. soc., 16 mai 2007, n° 05-43.643).

• Si la chambre décidait que ce contrôle est préalable à l'octroi éventuel de l'indemnité prévue à l'article L. 212-15-4 du Code du travail, elle serait conduite, dans l'affaire qui lui est soumise à casser l'arrêt de la cour d'appel de Versailles en soulevant un moyen d'office :

- .:: soit tiré de la non conformité au droit européen (art. 6b et 17, § 1, de la directive et/ou art. 2, § 1, et 4, § 2, de la charte sociale révisée) de la convention de forfait, voire plus sûrement, de la convention collective elle-même, en ce qu'elle prévoit la possibilité de convention de forfait en jours pour des cadres qui ne disposent pas d'*« un réel pouvoir*

autonome » (au sens de la directive) ou qui sont des cadres *« intermédiaires »*, non susceptibles d'être concernés par ce type de forfait (selon le CEDS). On observera cependant que ce débat ne s'est pas déroulé devant les juridictions du fond et qu'il n'est pas soulevé par le pourvoi. La chambre considérera peut-être, dans ces conditions, qu'elle n'est pas en mesure de statuer sur ce point particulièrement délicat de la compatibilité de la convention de forfait en jours avec le droit européen ;

- .:: soit tiré de la combinaison des articles L. 212-15-3, III, et L. 212-15-4 du Code du travail, ensemble l'article 5.7.2.3 de la convention collective nationale du golf et plus précisément de l'impossibilité pour le salarié de se voir appliquer une convention de forfait en jours compte tenu du fait qu'il ressort à la fois de ses écritures, de celles de la société, mais aussi de l'arrêt lui-même que le salarié ne dis-posait pas de la grande liberté d'organisation de son emploi du temps prévue tant par l'article 5.7.2.3 de la convention collective que par son contrat de travail.

Le juge doit d'abord s'assurer de la légalité ou de la licéité de la convention en forfait-jours avant de statuer sur l'octroi de l'indemnité de l'article L. 212-15-4 relatif à l'utilisation abusive du forfait-jours.

Il apparaît en effet que sa durée du travail pouvait être prédéterminée puisqu'elle dépendait de rendez-vous pris pour son compte par la direction et qu'il ne bénéficiait d'aucune latitude pour prendre ses repos.

Dès lors, la chambre pourrait considérer que la cour d'appel, qui avait relevé ces éléments, aurait dû en tirer les conséquences qui s'imposaient en considérant que la convention de forfait en jours n'avait pas lieu de s'appliquer, ce qui aurait dû la conduire à rejeter la demande d'allocation de l'indemnité de l'article L. 212-15-4 et, si la demande lui en avait été faite, à accorder au salarié le paiement des heures supplémentaires réalisées.

Extraits de l'arrêt

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. L. a été engagé le 1er avril 2001 en qualité de moniteur de golf-responsable d'enseignement, cadre groupe VI, niveau 1 selon la classification de la convention collective nationale du golf du 13 juillet 1998, par la société Golf Espace aux droits de laquelle vient la société Blue green Villennes, pour enseigner sur le golf d'Avrillé; qu'il a été licencié pour faute grave le 18 décembre 2004 ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale le 14 juin 2004 de demandes relatives notamment au paiement d'un rappel de salaire sur mise à pied injustifiée, d'indemnités de préavis et de licenciement, de dommages et intérêts pour violation de l'article 5.6 de la convention collective concernant les pauses, pour exécution de mauvaise foi du contrat de travail et harcèlement, et en règlement de l'indemnité prévue par l'article L. 212-15-4 du Code du travail ;

Mais sur le **moyen relevé d'office** après avis donné aux parties conformément à l'article 1015 du nouveau Code de procédure civile : Vu l'article L. 212-15-3 III, du Code du travail en sa rédaction applicable au litige et l'article 5.7.2.3 de la convention collective nationale du golf ensemble l'article L. 212-15-4, alinéa 2, du Code du travail ;

Attendu, d'abord, qu'il résulte de la combinaison des deux premiers textes qu'un régime de forfait en jours ne peut être appliqué qu'aux cadres dont la durée du travail ne peut pas être prédéterminée et qui disposent d'une autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps et que, dans ce cas, le cadre doit bénéficier d'une grande liberté dans l'organisation de son travail à l'intérieur du forfait en jours ; ensuite, que l'indemnité prévue par le troisième de ces textes n'est due qu'au salarié susceptible d'être, par application des dispositions légales et conventionnelles, soumis à une convention de forfait en jours ;

Attendu que, bien qu'ayant constaté que les pièces produites et les propres écritures de la société établissaient que l'emploi du temps du salarié était déterminé par la direction et le supérieur hiérarchique de l'intéressé, lesquels définissaient le planning de ses interventions auprès des clients, que le salarié ne disposait pas du libre choix de ses repos hebdomadaires, ce dont il se déduisait que l'intéressé, qui ne disposait d'aucune liberté dans l'organisation de son travail, n'était pas susceptible de relever du régime du forfait en jours qui lui avait été appliqué, la cour d'appel lui a, néanmoins, alloué une indemnité sur le fondement de l'article L. 212-15-4, alinéa 2, du Code du travail ; Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les troisième et cinquième moyens :

Casse et annule, mais seulement en ce qu'il a condamné la société Blue green Villennes à verser à M. L. une certaine somme à titre d'indemnité prévue par l'article L. 212-15-4, alinéa 2, du Code du travail, l'arrêt rendu le 25 avril 2006, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles.

Cass. soc., 31 oct. 2007, no 06-43.876 P+B+R